



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11080.930142/2009-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.904 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de dezembro de 2015
Matéria PER/Dcomp - PIS/Pasep
Recorrente CGTEE- COMPANHIA DE GERAÇÃO TÉRMICA DE ENERGIA ELÉTRICA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/09/2003

CONTRATO A PREÇO PREDETERMINADO. REGIME DE APURAÇÃO. CUMULATIVIDADE. MANUTENÇÃO. PREVISÃO LEGAL. VIGÊNCIA.

Somente a partir de 1º de fevereiro de 2004 a legislação previu a possibilidade de que as receitas decorrentes de contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, com prazo superior a um ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens e serviços, permanecessem sujeitas às normas da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep vigentes anteriormente à Lei 10.637/02.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do Relatório e Voto que integram o presente julgado. Fez sustentação oral o Dr. Marco Antônio Behrndt - OAB 173.362 - SP.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente e Relator

EDITADO EM: 18/12/2015

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Hércio Lafetá Reis, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Domingos de Sá Filho, Walker Araújo, José Fernandes do Nascimento, Sarah Maria Linhares de Araújo e Lenisa Rodrigues Prado.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade contra Despacho Decisório que não reconheceu direito creditório e não homologou compensação declarada pelo contribuinte referente a crédito da contribuição para o PIS, período de setembro de 2003 com débito de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. O indébito teria origem na mudança de entendimento quanto à permanência das receitas apuradas no regime da cumulatividade, tendo a empresa efetuado recolhimento pela sistemática da não-cumulatividade.

A Lei nº 10.833/2003 em seu artigo 10, inciso XI previu a possibilidade de que as receitas de contratos de fornecimento de serviços a preço predeterminado, com prazo superior a um ano, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003 poderiam continuar a ser tributadas pela sistemática da cumulatividade. Com a edição da Lei nº 11.196/2005, mais especificamente seu art. 109, combinado com o disposto na IN SRF nº 658/2006 e ainda de acordo com orientações emanadas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a interessada entendeu ter reunido condições suficientes para tributar suas receitas com base na sistemática da cumulatividade. Procedeu então a retificação das suas DCTFs, declarando débitos de PIS e Cofins pela forma cumulativa. Assim teria passado a credora da União, uma vez que teria efetuado recolhimentos a maior do que os efetivamente devidos por calcular as contribuições em apreço pela sistemática da não-cumulatividade.

A Coordenação de Tributação da Receita Federal do Brasil submeteu à apreciação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio da Nota Técnica COSIT nº 1, de 16 de fevereiro de 2007, referida questão, resultando na edição do Parecer PGFN/CAT nº 1.610, de 01 de agosto de 2007. Esse Parecer esclareceu que “contratos iniciais” e “contratos bilaterais”, os quais são utilizados pela empresa na comercialização de energia, perdem o caráter de contratos de preço predeterminado, tendo em vista reajuste efetuado pelo IGP-M e, pela variação tributária, portanto, não se submetem à exceção prevista no art. 10, XI da Lei nº 10.833/2003.

A interessada por meio do processo nº 11080.006335/2009-51 protocolou processo de consulta a este respeito. A Superintendência da 10ª Região Fiscal solucionou a questão emitindo a Solução de Consulta nº 228, de 14 de dezembro de 2009, assim ementada:

CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE A 31 DE OUTUBRO DE 2003. PREÇO PREDETERMINADO. REAJUSTE COM BASE NO IGP-M.

Para efeito de definir o regime de incidência da Cofins aplicável às receitas relativas a contratos com prazo superior a 1 (um) ano, de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços, firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003, o cômputo do IGP-M no percentual de reajuste de preços, descaracteriza a condição de preço predeterminado, ainda que nesse percentual de reajuste seja também considerada a variação de determinados custos de produção, o que implica a sujeição dessas receitas à incidência não-cumulativa.

*Não obstante, quando o reajuste de preços, efetivado após 31 de outubro de 2003, não superar o percentual correspondente ao acréscimo dos custos de produção, e desde que o referido reajuste leve em conta termos de custos de produção ou insumos, a condição de preço predeterminado não se terá descaracterizado, consoante explicitação do § 3º do art. 3º da IN SRF nº 658, de 2006. Nessa hipótese, e cumpridos os demais requisitos dessa Instrução, as receitas em questão submetem-se à incidência da Cofins na forma **cumulativa**, até que venha a suceder a perda do caráter de preço predeterminado, ocasião em que as receitas passarão a sujeitar-se à incidência **não-cumulativa**, de modo definitivo.*

Com base no entendimento acima exposto e na informação Fiscal SEFIS/DRF/POA (fls. 394/397), foi emitido o Despacho Decisório DRF/POA nº 2.132, de 05/11/2010 (fls. 388/393) que não reconheceu o direito creditório e não homologou a compensação declarada.

A interessada discorda do indeferimento do seu pleito, alegando, preliminarmente, a tempestividade de sua manifestação. Faz um histórico da evolução da legislação do PIS e da Cofins e da nova sistemática de apuração dessas contribuições: não cumulatividade.

Discorre a respeito dos chamados “contratos iniciais” firmados por ela e as distribuidoras de energia elétrica, celebrados em 30 de setembro de 1997, com vigência de 15 anos. Menciona que o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 67/2000, firmado em 03/04/2001, passou a prever que o reajuste seria calculado de acordo com o IGP-M.

Acredita que tal fato não afetaria a condição de preço predeterminado no fornecimento de energia, tendo como objetivo a preservação do equilíbrio contratual, resguardando o valor e quantia da moeda contratada. Nesse caso, as receitas advindas desses contratos deveriam sujeitar-se ao regime cumulativo das contribuições, por obedecerem ao disposto no art. 10, XI, da Lei nº 10.833/2003. Ataca a IN SRF nº 468/2004, afirmando que essa teria inovado no mundo jurídico ao eleger critérios não previstos na Lei nº 10.833/2003 para definição de preço predeterminado. Destaca que esse entendimento foi alterado pela Lei nº 11.196/2006 ao determinar que o reajuste de preços em função do custo da produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, não seria considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado. Cita Nota Técnica nº 224/2006 e o Ofício nº 1.431/2006, ambos expedidos pela ANEEL os quais afirmam que a utilização do IGP-M, como índice de correção monetária, no reajuste do preço do contrato de fornecimento de energia equivaleria ao custo de produção ou dos insumos utilizados no setor energético.

Tece considerações a respeito dos requisitos exigidos pelo art. 10, XI da Lei nº 10.833/2003 para que suas receitas permaneçam no regime cumulativo das contribuições. Entende serem quatro as exigências da Lei: contrato de fornecimento de bens e serviços, prazo de duração mínimo superior a um ano, assinatura do contrato anteriormente a 31 de outubro de 2003 e que o preço de fornecimento de bens e serviços esteja predeterminado no contrato.

Entende que os contratos por ela celebrados com as empresas contratantes de seus serviços atendem aos requisitos antes expostos e por isso permanecem no regime da cumulatividade, tornando a empresa detentora de créditos recolhidos pela sistemática da não cumulatividade.

Observa que protocolou declarações de compensação, via PER/DCOMP, dos créditos oriundos dos períodos dezembro de 2002 a fevereiro de 2006, e pedido de restituição, via papel, do período novembro de 2004 a julho de 2005.

Menciona a consulta formulada a respeito do assunto (processo nº 11080.006335/2009-51), a Nota Técnica Cosit nº 1, de 16 de fevereiro de 2007, bem como o Parecer PGFN/CAT nº 1.610, de 01 de agosto de 2007, os quais concluíram que as receitas da empresa estariam sujeitas a tributação pelo regime não-cumulativo.

Discorda do entendimento da informação Fiscal, para os períodos de dezembro de 2002 a janeiro de 2004, que não reconhece efeito retroativo ao disposto no art. 15 da Lei nº 10.833/2003, o qual estendeu ao PIS a possibilidade de manter no regime da cumulatividade as receitas de contratos firmados com preço predeterminado.

Entende ser nulo o Despacho Decisório por ausência de motivação e afronta à ampla defesa e ao contraditório. Alega que a decisão deixa de justificar/fundamentar as razões para o indeferimento do pleito de restituição/compensação. Não se reveste dos mínimos e indispensáveis requisitos de validade e não lhe permite conhecer os fundamentos do indeferimento dos pleitos de restituição/compensação.

Na eventualidade de não ser declarado nulo o Despacho Decisório atacado, passa a defender a existência do direito creditório pleiteado.

Destaca a apresentação de Recurso Especial de Divergência contra o entendimento da Solução de Consulta nº 228, proferida pela SRRF10/DISIT. Está certa de que o recurso interposto será provido.

Passa a tecer considerações a respeito das exceções estabelecidas pela Lei nº 10.833/2003 para permanência de determinadas receitas no regime da cumulatividade.

Aponta 4 requisitos necessários: existência de um contrato de fornecimento de bens e serviços, com prazo de duração superior a 1 ano, assinatura anterior a 31 de outubro de 2003 e que o preço de fornecimento dos bens e serviços esteja predeterminado nesse contrato. Destaca que o Despacho Decisório questiona apenas um desses requisitos, o que tornaria incontroverso os demais. A discussão estaria limitada a predeterminação dos preços estipulados nos contratos celebrados pela empresa. Argumenta que esse requisito também foi cumprido.

Argumenta não existir lei que defina o conceito de preço predeterminado. Esse conceito seria obtido por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sendo encontrado a partir do exame de princípios do direito privado. Busca na doutrina definições de preço determinado e preço determinável. Acredita que a eventual cláusula de reajuste não descaracterizaria a natureza do preço predeterminado quando tal reajuste tenha como objetivo tão-somente preservar o poder aquisitivo nominal inicialmente pactuado. Cita decisão jurisprudencial nesse sentido. Invoca os art. 109 e 110 do CTN para defender seu ponto de vista.

Afirma que de acordo com a IN SRF nº 21/79, o entendimento da Secretaria da Receita Federal sempre foi no sentido de que para a caracterização de preço predeterminado não seria essencial a inexistência de cláusula de reajuste, mas a necessidade de o preço estar fixado em contrato, sendo de conhecimento prévio para as partes.

Defende o reconhecimento por parte da legislação, através do art. 109 da Lei nº 11.196/2005, de que a aplicação de cláusula de reajuste não descaracterizaria o preço predeterminado.

Alega que seus preços estariam predeterminados em contrato. A necessidade de investimentos vultosos e a assunção de uma série de compromissos a longo prazo só seriam possíveis se houvesse garantia de uma fonte previsível de receitas a longo prazo, livre do risco da oscilação de preços e da diminuição da demanda. Sendo assim, afirma que celebrou todos os contratos de fornecimento de energia baseados em “preço firme”.

Transcreve parte destes contratos. Relata que esses prevêem inclusive a necessidade da empresa buscar energia no mercado caso não consiga produzi-la por problemas técnicos. Nesse caso terá que arcar com a diferença entre o preço de aquisição da energia no mercado e aquele predeterminado em contrato.

Frisa ser o reajuste pelo IGP-M, cláusula padrão, constante de todos os contratos por ela celebrados de fornecimento de energia, independente da outra parte contratante ser distribuidora, comerciante ou consumidora final de energia. Afirma que o IGPM nada mais reflete do que o reajuste de preços em função do custo de produção. Repisa o argumento de que segundo entendimento esposado pela ANEEL (Nota Técnica 224/2006), o IGP-M é índice que reflete o custo de produção e, portanto, em nada altera a condição de preço acordado nos contratos iniciais.

Argumenta que a correção monetária corresponde à manutenção do valor real da moeda operante no tempo, não se tratando de um acréscimo ao valor original. Assim a simples aplicação de cláusulas de reajuste de correção monetária, materializadas no caso presente pelo IGP-M, não desconfiguraria de maneira alguma a natureza do preço inicialmente fixado em contrato, pelo contrário, tratar-se-ia apenas de reposição dos valor originário da moeda, corroída por diversos fatores. Interpretação diversa levaria a uma norma de efeitos temporários, de curtíssima duração.

Ataca a IN SRF nº 468/2004, a IN SRF nº 658/2006 e o Parecer PGFN/CAT nº 1610/2007 afirmando que teriam criado mandamentos não previstos em lei extrapolando sua competência, incorrendo em vícios manifestos de legalidade.

Passa a defender a retroatividade do art. 15 da Lei nº 10.833/2003. A manutenção das receitas no regime da cumulatividade para o PIS seria aplicável desde a instituição do regime não-cumulativo do PIS, ou seja, dezembro de 2002. Pensar de forma diversa levaria a quebra na segurança jurídica, pois, nesse caso, haveria um aumento repentino da carga tributária.

Ratifica seu pedido de restituição e a homologação integral das compensações declaradas.

Aponta impossibilidade da cobrança dos débitos compensados com créditos referentes aos períodos de apuração janeiro e fevereiro de 2006, uma vez que esses períodos foram objeto de auto de infração (processo 11080.722655/2010-96), o qual estaria pendente de análise.

Ao final requer a nulidade do Despacho Decisório com reconhecimento integral do crédito e conseqüente homologação das compensações declaradas ou ainda que seja proferida nova decisão pela DRF de origem. Alternativamente, caso não seja declarada a nulidade do Despacho Decisório, pleiteia a sua reforma

integral e o reconhecimento do direito creditório e a homologação das compensações declaradas.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/09/2003

PRELIMINAR DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

Demonstrado que o Despacho Decisório foi formalizado de acordo com os requisitos de validade previstos em lei e que não ocorreu violação ao disposto no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não deve ser acatado o pedido de nulidade formulado.

PREÇO PREDETERMINADO. IGP-M. ÍNDICE GERAL.

Nos termos do disposto no art. 109 da Lei nº 11.196/2006, o reajuste de preços em função do custo de produção ou da variação de índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, nos termos do inciso II do § 1º do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, não será considerado para fins da descaracterização do preço predeterminado. O IGP-M não é índice que obedeça ao disposto no art. 109 da Lei nº 11.196/2006, por ser índice geral de reajuste de preços.

PIS. REGIME DA CUMULATIVIDADE. RECEITA. CONTRATOS A PREÇO PREDETERMINADO. EFEITOS.

A possibilidade de manter no regime da cumulatividade do PIS receitas oriundas de contratos a preço predeterminado, celebrados anteriormente a 31/10/2003, produz efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2004.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Insatisfeita com a decisão de primeira instância administrativa, a Recorrente apresenta Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no qual, em linhas gerais, repisa os argumentos presentes na impugnação ao lançamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Da normas próprias da Contribuição para o PIS/Pasep, depreende-se do teor da Lei 10.833/03, que a autorização para permanência no Sistema de Apuração cumulativo somente passou a existir a partir de 1º de fevereiro de 2004. Como os fatos neste controvertidos ocorreram em data anterior, sua aplicação é impossível no caso concreto.

Art. 15. Aplica-se à contribuição para o PIS/PASEP não-cumulativa de que trata a Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o disposto:

(...)

V - nos incisos VI, IX a XXVII do caput e nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei;

(...)

Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Lei, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

XI - as receitas relativas a contratos firmados anteriormente a 31 de outubro de 2003:

(...)

c) de construção por empreitada ou de fornecimento, a preço predeterminado, de bens ou serviços contratados com pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, bem como os contratos posteriormente firmados decorrentes de propostas apresentadas, em processo licitatório, até aquela data;

(...)

Art. 93. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeito, em relação:

I - aos arts. 1º a 15 e 25, a partir de 1º de fevereiro de 2004;

VOTO por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala de Sessões, 09 de dezembro de 2015.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator